

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620080150017

UDC _____

厦门大学

博士学位论文

实践商谈与理性参与：立法科学化问题研究的新视角

Practical Discourse and Rational Participation: A New
Perspective of Scientification of Legislation

朱志昊

指导教师姓名：宋方青教授

专业名称：法学理论

论文提交日期：2011年6月

论文答辩时间：2011年 月

学位授予日期：2011年 月

答辩委员会主席：_____

评阅人：_____

2011年6月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

目前立法科学化问题的研究往往指向立法制度的完善、立法质量的提高，研究者很少从理论的层面出发来审视“立法科学化”概念。然而，看似以技术为本位的立法科学化概念具有极其重要的理论意义。鉴于此，本文将分为如下几个部分展开论述。导言部分将通过社会稳定与政治合法性等问题的分析来论述立法概念所包含的丰富的理论意义，从而为本文的论述做出前提性的规定。第一部分将概述立法科学化概念的背景与意义，其所要揭示的是，在现代中国的背景之下研究立法科学化究竟有何意义以及究竟如何可能。第二部分到第四部分，论述的起点在于辩明“立法科学化就是指立法要符合客观的社会规律”这一常见的概念界定的错误或不妥当之处，第二部分将重新审视法律本质的概念，进而得出结论，法律并不是某种外在于法律本身的客观规律或物质生活条件的体现，法律是一种具有高度国家属性、尊重、提倡、保护人类需求并将具体的人类需求转化为权利形式的社会制度，而以立法（或实践行动）的视角来审视法律，恰能体现这样一种本质属性；第三部分将对客观的社会规律做出分析，进而得出，立法与客观社会规律之间并不是符合关系，而是揭示、调整、更新的双向互动关系；第四部分将对中西语境之下的科学话语做出学说史的梳理，揭示科学话语中包含的合理性内涵，进而指出，立法的科学化实质上就等同于立法的合理化。第五部分将试图构建立法科学化与公共理性之间的关联，进而指出，立法科学化的要旨就在于立法平台之上的实践商谈与理性参与，从而发掘此概念对于国家与社会之良性互动的重要意义。第六部分将考察立法平台之上的公共参与制度，进而指出公共参与是立法科学化的实现方式，在立法平台上公民借助对公共事务、立法事务的参与来实现国家与社会的良性互动。在公共理性主导下的公共参与就能够体现立法科学化概念中实践商谈与理性参与这两大要素。

本文的工作所要实现的目的有二：第一，通过理论来完善立法问题研

究；第二，借助立法问题的分析，来为人文与社会科学其他领域提供一种崭新的视角。这就势必要将法学视为是一种开放的知识体系与理论体系，这既要求法学主动的参与到人文与社会科学的整体领域之中，同时也要求法学要以理性的姿态与其他知识体系、理论体系展开意见的交涉。

关键词：立法科学化；公共理性；公共参与

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

The concept, 'Scientification of legislation', always has been pointed to the improvement of the legislative institutions and qualities at the existing research achievements, and the researchers seldom examined the concept from the perspective of theory. This seemingly technology-oriented concept, however, greatly has significance in the theoretical level. Considering this, the paper will consist of seven chapters as follows to expound. In Introduction, we will discuss the theoretical significance which the concept of Legislation embraces, by the analysis of 'Social Stableness' and political legitimacy, and then, point out the pre-conditional definition for the total argumentation of this paper. In Chapter One, we will discuss the background and significance of the concept 'Scientification of legislation' in general, and what it intends to answer is what the research of 'Scientification of legislation' means to the modern China and how the research could be possible in modern China. Between Chapter Two and Four, the start point of argumentation is based on the correction of the misunderstanding or at least the inappropriateness in the prevailing conceptual definition of 'Scientification of legislation' which argues that 'Scientification of legislation' means that legislation must correspond with the objective social laws. For the sake of the correction, we will re-examine the essence of the law in Chapter Two, and then, conclude that the law is not the expression of the objective social laws or conditions of material life external to the law, but a kind of social institution with strong stateness, which respects, advocates and protects the human needs and transforms the concrete human needs into the form of rights. Such the essential attributes of the law can manifest itself only by examining the law from the perspective of legislation or practical action. In Chapter Three, we will analyze the objective laws of the society, and then conclude that, between the legislation and the objective laws

of the society, there is not the corresponding relationship, but the two-way and interacting relationship, which means that legislation exercises unveil, adjust and renew the objective social laws, and in turn, the objective social laws have impact on the legislation. In Chapter Four, we will discuss the discourse of science in the context of both China and the West, from the perceptive of the history of doctrines, and then unveil connotation of the 'Rationality' contained in the discourse of science, and conclude that 'Scientification of legislation' equals to 'rationalization of legislation'. In Chapter Five, the paper tries to construct the conceptual relationship between the Scientification of legislation and the public reason, and points out that the key-point of the Scientification of legislation is the practical discourse and the rational participation above the platform of legislation, so as to find out the important significance of this concept to the well-operated interaction between the state and the society. In Chapter Six, we will observe and study the institution of the public participation above the legislative platform, and point out that the public participation is a realizing manner of the Scientification of legislation, that is to say that, the well-operated interaction between the state and the society will be achieved through citizens above the legislative platform participating in public and legislative affairs. Public participation under the public reason's dominance can give expression to two important elements of Scientification of legislation, practical discourse and rational participation.

There are two aims in the paper. First, researchs on the legislation can be improved, and second, by the analysis of legislative problems, a brand-new research perspective can be provided to the other humanities and social sciences. It is requested that the jurisprudence must be seen as an open system of knowledge and theory. Therefore, the jurisprudence must participate in the whole fields of humanities and social sciences, as well as conducting dialogues and exchanging the opinions with the other system of knowledge and theory.

Key words: Scientification of legislation; public reason; public participation

目录

导言 社会稳定与立法主义法治	1
第一节 法治与社会稳定.....	1
第二节 中国古代法治的镜像特征.....	3
第三节 法治司法主义倾向的困境.....	7
第四节 内在义务感：权力与服从者的纽带.....	11
第五节 立法主义法治：立法作为长效治理机制.....	15
第一章 背景与意义：立法科学化问题简述.....	21
第一节 “立法科学化”概念的提出与背景.....	22
第二节 “立法科学化”概念的意义.....	25
一、我国立法的现实问题	25
二、“立法科学化”概念的理论意义	30
第三节 “立法科学化”问题的研究现状.....	33
第二章 法律本质：立法科学化的前提重述.....	38
第一节 法的阶级性与社会性：学术争鸣的回顾与反思.....	39
一、法的阶级性与社会性大讨论之回顾	40
二、法的阶级性与社会性大讨论之反思	44
第二节 国家、人、制度：法本质问题的分析框架.....	49
一、法本质问题的分析起点：国家	49
二、法本质问题的基本立足点：人	52
三、法律本质问题的研究重点：制度	55
第三节 立法与法律本质.....	60
第三章 客观社会规律：立法科学化的中介概念.....	65
第一节 从“真”到“有效”：立法视野下的真理问题.....	66

一、主要真理理论简述	66
二、法律命题的“真”与“有效”	68
三、真理共识论与立法	72
第二节 社会规律的概念分析	75
一、以“解释说明”为指向的自然规律	75
二、以“理解”为指向的社会规律	77
第三节 社会规律的客观性	80
一、社会规律与行为的客观性	80
二、生活世界背景知识与“作为共识的客观性”	82
第四节 立法与客观的社会规律	87
第四章 科学：立法科学化的核心话语	91
第一节 启蒙语境之下的中国科学话语	91
一、天道、天理与格物致知：中国古代的总体性世界观	93
二、从“格致”到“诸科之学”：清末民初的公理世界观	96
三、启蒙、真理与意识形态：近代中国的科学主义	99
第二节 现代性背景下的西方科学话语	103
一、解放与发展：现代性与现代化之辨	103
二、除魅与共谋：启蒙的自我瓦解与科学的意识形态化	108
第三节 科学的合理性之维	116
一、从“努斯”与“逻各斯”到知识与论证：合理性概念辨析	119
二、知识与论证：科学与合理性的内在关联	125
第五章 公共理性：立法科学化的内在要求	135
第一节 商谈理论视野下的立法科学化	135
一、立法程序：理性论证的导控与形塑	136
二、立法者：公共实践的参与和商谈	146
三、立法活动：意见共识的明晰与转换	151
第二节 立法科学化：理性的公共运用	157
一、市民社会、公共领域与公共理性	158

二、合理性与合法性：科学、民主与公共理性	167
三、秩序、实践及其媒介：立法机制中的公共理性	171
第六章 公共参与：理性国家与理性社会的构建	183
第一节 理性国家与理性社会	184
一、理性国家：中立政府、法治政府与有限政府	184
二、理性社会：目的-工具合理化与生活世界合理化	190
第二节 作为国家与社会互动方式的公共参与	195
一、公共参与概念的差异性分析	195
二、公共参与概念的层次性分析	197
第三节 公共参与的制度完善	202
一、大众传媒的保障与规制	203
二、人大制度的完善	205
结 语	210
参考文献	213

CONTENTS

Introduction	Stability of Society and Legislative Pattern of Rule-of-law	1
Subchapter 1	The Rule of Law and Stability of Society.....	1
Subchapter 2	Mirroring Feature of the Rule-of-law in Ancient China.....	3
Subchapter 3	Predicament of Judicial Pattern in the Rule-of-law	7
Subchapter 4	Inner Sense of Obligation: the Link between Power and Obedience.....	11
Subchapter 5	Legislative Pattern of the Rule-of-law: Legislation as a long-run institution of governance	15
Chapter 1	Background and Significance: Brief Descriptions on Scientification of Legislation	21
Subchapter 1	Emergence and Background of Scientification of Legislation	22
Subchapter 2	Significance of Scientification of Legislation	25
Section 1	Actual Problems of Legislation in Our Country.....	25
Section 2	Theoretical Significance of Scientification of Legislation	30
Subchapter 3	Current Researches on Scientification of Legislation.....	33
Chapter 2	The Essence of Law: Pre-conditional Restatement of Scientification of Legislation	38
Subchapter 1	Class and Society Character of Law: Review and Reflection on Academic Debates	39
Section 1	Review on Great Discussion about Class and Society Character of Law	40
Section 2	Reflection on Great Discussion about Class and Society Character of Law	44

Subchapter 2	State, Human and Institution: Analytical Frameworks of Essence of Law	49
Section 1	Analytical Startpoint: The State	49
Section 2	Fundamental Standpoint: The Human	52
Section 3	Research Keypoint: The Institution	55
Subchapter 3	Legislation and Essence of Law	60
Chapter 3	Objective Laws of Society: Intermediary Concept of Scientification of Legislation	65
Subchapter 1	From ‘True’ to ‘Valid’: Truth in the Perspective of Legislation	66
Section 1	Brief Description on Main Theories of Truth	66
Section 2	‘True’ and ‘Valid’ in Legal Propositions	68
Section 3	Legislation and Consensus Theory of Truth	72
Subchapter 2	Conceptual Analysis of Social Laws	75
Section 1	Explanation-directed Natural Laws	75
Section 2	Understanding-directed Social Laws	77
Subchapter 3	Objectivity of Social Laws	80
Section 1	Social Laws and Objectivity of Behaviors	80
Section 2	Background Knowledge of Life World and Objectivity as Consensus	82
Subchapter 4	Legislation and Objective Social Laws	87
Chapter 4	Science: Core Discourse of Scientification of Legislation	91
Subchapter 1	Chinese Discourse of Science in the Context of the Enlightenment	91
Section 1	<i>Tiandao, Tianli</i> and <i>Gewuzhizhi</i> : Total Worldviews of Ancient China	93
Section 2	From <i>Gezhi</i> to <i>Zhukezhixue</i> : <i>Gongli</i> Worldviews during the end of <i>Qing</i> Dynasty and the beginning of Republic of China	96

Section 3	Enlightenment, Truth and Ideology: Scientism in early modern China	99
Subchapter 2	Western Discourse of Science in the Background of Modernity	103
Section 1	Liberation and Development: Differences between Modernity and Modernization	103
Section 2	Disenchantment and Collusion: Self-collapse of Enlightenment and Ideologicalization of Science	108
Subchapter 3	The Dimension of Rationality in Science	116
Section 1	From <i>Nous</i> and <i>Logos</i> to Knowledge and Argumentation: Clarification on the Concept of Rationality	119
Section 2	Knowledge and Argumentation: Inner Relationship between Science and Rationality	125
Chapter 5	Public Reason: Inner Requirement of Scientification of Legislation	135
Subchapter 1	Scientification of Legislation in the Perspective of Discourse Theory	135
Section 1	Legislative Procedures: Guiding, Controlling and Shaping by Rational Argumentation	136
Section 2	Legislators: Participation and Discourse in Public Practice	146
Section 3	Legislative Exercises: Clarification and Transformation of Opinion Consensus	151
Subchapter 2	Scientification of Legislation: Public Use of Reason	157
Section 1	Civil Society, Public Sphere and Public Reason	158
Section 2	Rationality and Legitimacy: Science, Democracy and Public Reason	167
Section 3	Order, Practice and Their Media: Public Reason in Legislative Mechanism	171

Chapter 6	Public Participation: Construction of Rational State and Rational Society	183
Subchapter 1	Rational State and Rational Society	184
Section 1	Rational State: Neutral, Rule-by-law and Limited Government ...	184
Section 2	Rational Society: Purposive-instrumental Rationalization and Rationalization of Life World	190
Subchapter 2	Public Participation as an Interacting Manner between State and Society	195
Section 1	Differentiated Analysis of Public Participation.....	195
Section 2	Stratified Analysis of Public Participation	197
Subchapter 3	Institutional Improvement of Public Participation.....	202
Section 1	Security and Regulation of Mass Communications	203
Section 2	Improvement of NPC Institution	205
Conclusion	210
Bibliography	213

导 言 社会稳定与立法主义法治

本文首先要提出的前提下理念是，立法科学化问题研究的意义并不局限在具体的制度构建和技术完善的范围之内。作为一个法学问题域，立法科学化还将积极地以理性的姿态回馈诸如道德、政治等其他问题领域，这也即是说，理性的法律体系经由理性的立法平台的中介而得以完善，而与此同时，立法平台之上的实践商谈与理性参与使得公共权力体系、社会文化体系以及实践行动的参与者都获得了各自的理性素养，从而为构建理性的政治-文化共同体创造了制度性和理念性的条件：制度性条件指涉的是立法科学化所包含的形式合理性的面向，诸如程序设置、体系融贯等；而理念性的条件指涉的则是立法科学化所包含的实质合理性的面向，诸如合理共识的达成与明晰等。但必须指出的是，立法科学化之所以能够承担这种功能，最为根本地是因为立法这一概念具有多向度的属性。因此，在论述立法科学化的概念、内涵以及制度实现之前，我们必须审视立法所具有的重要作用与意义。本文之所以在开篇就论述立法与社会稳定之间的关系，就是意在将“立法”视为一种崭新的研究视角：社会稳定既与公共权力体系的自我维持相关，也与社会文化体系的内在延续相关，而立法平台之上的理性参与和实践商谈就是维护社会稳定、构建国家与社会（公共权力体系与社会文化体系）良性互动的重要媒介，而立法就为理性参与和实践商谈提供了一个不可忽视、不可替代的舞台，因而，从社会稳定这一问题之中，我们就可以管窥立法所具有的重要意义。立法概念在法学领域之外所起到的重要意义，往往为传统研究所忽视，而发掘这些意义就是本文首先要做的工作。

第一节 法治与社会稳定

回顾百年历程（以清末修律为起始点），我们可以看到，现代的中国

法律与法治正在经受着各种各样的考验。一方面，我们因为各种各样的原因，在以“新”冠名的旗帜下抛弃了我们先人曾经依托的法律资源以及其背后的整体社会文化资源，因而，在适用“新”的法律之时，或多或少地会带有些疏离感；^①而另一方面，我们似乎对“普世”一词抱有先天的恐惧，不管基于政治的原因还是基于文化种族的原因。在背叛与拒绝的双重作用下，指导我们的只剩下“摸着石头过河”：不管自西方舶来的现代法律在中国已经有了多少年的实践，只因其“出身”的西方性，我们总是刻意地与之保持距离，同时，这些“现代”法律制度与理念又与我们的直觉、常识相违背，因此，更多时候，我们选择在法律与以其为治理方式的法治之外另辟蹊径。在常人常事之中，我们总是先验地预设法律、规章、制度等显规则在“关系”等潜规则面前将会黯然失色，进而孜孜以求地遵循潜规则办事。特别是在当下，经济的飞速发展带来社会利益的分化，明定规则的失效使得人们更多地依循潜规则甚或是无规则的方式来寻求解决冲突的方式，这就无疑地打开了非理性的闸口。

如果我们不预先赋予“法治”以任何价值优位，而将其单纯地视为一种以法律为手段的治理方式，那么法治首要（而非最终）的目的并非是社会公正，而是社会稳定，这也即是说，法治虽然要以社会公正为最终落脚点，但社会公正却无法在不稳定的社会中借助法律与法治而得以实现。我国法治并未完全实现社会稳定这一目的。我国目前的社会现状是经济快速发展、政治基本稳定、社会矛盾突出。^②但由于法律规则并未起到应有的效力，而同时司法救济制度又不完善，各种非公共性的社会问题，旋即转化为公共性、群体性的事件，从而影响社会的稳定。由于作为纠纷解决者的司法机关并未真正地起到消极中立的作用，其权威也正逐步丧失，私人与私人之间、私人与团体之间、私人与政府之间的纠纷就不能在司法的轨道上得以解决。一旦司法无法提供正义，要么民众自己以非理性的方式寻

^① 传统信念与现代法律之间的冲突，通常在两个方面可以得到展示：第一，传统家庭伦理与现代法治之间的冲突，特别是“父子相隐”与举证义务之间的冲突；第二，情理与法律之间的冲突在具体的司法适用方面表现尤为明显，其核心点在于对“法律是正义的”这一命题的不同维度的理解，传统信念倾向于正义的实质内涵，而现代法律则要求形式正义，诸如2003年的“刘涌改判案”，尽管刑讯逼供这一显失程序正义的因素存在，民众仍然不能接受其不死的结局，原因仅是因为其“黑老大”的身份。

^② 经济导报记者·孙立平：调整社会冲突需解决三大症结[N].经济导报, 2010-8-22.

求正义，要么借助公共舆论的力量获得正义。这也即是说，当下中国很多依靠法律就可以解决的问题，必须借助政治性或公共性等非制度性手段才能得到真正解决，这样一来，即使最终正义得以实现，理性的、制度化的常态治理方式也被人彻底抛弃：“大闹大解决，小闹小解决，不闹不解决”的怪状就是规则与制度缺失的结果。基于此背景，或许非法律性的权宜策略就成为当下的必然选择。^①

然而，原本与法治具有同样目的权宜策略，一旦独自成为一种至高无上的话语，就有可能获得超越宪法、法律的效力，进而将会弱化法律与法治的权威，与此同时，权宜策略一旦异化就无法真正实现预期目的，从而导致这样一种悖谬式的困局：权宜策略本是在法治之外解决社会矛盾的手段，这一手段不仅没有获得预期效果，反而逐渐地异化，从而侵蚀了法治这一常态手段，这样一则给社会矛盾、社会冲突留下了一个相当大的活跃空间，这种活动空间越大，社会失范的几率就越高；二则进一步强化了其自身的正当性和必要性，而使之成为不得不然的唯一选择。

为何我们追求了百年的法治，到头来仍然需要权宜策略替代法律来解决我们目前所遭遇到的问题呢？问题的根源又在何处呢？我们必须回过头来审思。

第二节 中国古代法治的镜像特征

一切历史都是当代史，反之则亦然，反思中国法治的当下现状必然无法绕开古代中国的法律传统。提起中国法律传统，我们总是倾向于将其界

^① 我国当下所采取的维稳政策就是这样一种非法律性的权宜策略。顾名思义，“维稳”就是指维持社会稳定，这与法治的首要目的是一致的。但目前我国的维稳却出现了“越维稳越不稳定”的局面。2010年4月，清华大学社会学系举行了首届“清华社会发展论坛”，社会发展研究课题组在会上发布了《以利益表达制度化实现社会的长治久安》报告，报告中就提及了“越维稳越不稳定”的怪圈，即各级政府投入大量的人力财力来用于维稳，但反而适得其反。报告中将目前的维稳模式归结为“运动式的”治理方式，这种治理方式存在着诸多弊端：首先，这种治理方式预设了一种“不稳定幻象”，即“一种社会矛盾和社会冲突看起来在不断激化，社会稳定面临严重现实威胁的感觉”；其次，在这种幻象之下，正常的利益表达被视为不稳定的根源，进而忽视法律、司法的作用，将正常的利益问题上升为政治问题和刑事问题。在处理矛盾的方式上，存在“体制性的防卫过当”，将小问题扩大化处理，在萌芽状态消除对社会稳定潜在的威胁，这将使简单的利益问题发生极大的性质转变；另外，政府在这种治理方式中也扮演了积极参与者的角色，导致民事纠纷只能通过司法权之外的公权力干涉才能得到真正的解决；最终的后果就是，弱化法律的威信、助长投机心理、治标不治本、成本高昂、社会冲突呈现爆发式特点。报告的缩写版参见清华大学社会学系社会发展研究课题组，“维稳”新思路：利益表达制度化，实现长治久安[N].南方周末，2010-4-15.

定为德主刑辅、礼法并用。当然，这一点本身没有太多问题，但问题在于，我们并不能更进一步对中国传统法律实践、法治实践做出对与错、好与坏的评价。以“同情地理解”这种态度来考察中国古代法治特征对于理解我国当下法治所遭遇到的问题来说有着极其重要的意义，因为不管传统怎样在当代发生断裂，其碎片还是深深地影响着当下。让我们首先从一个案例来看中国古代对于法律与法治的态度。

初，太祖克婺州，禁酿酒。大海子首犯之。太祖怒，欲行法。

时大海方征越，都事王恺请勿诛，以安大海心。太祖曰：“宁可使大海叛我，不可使我法不行。”竟手刃之。（《明史·胡大海传》）

在这个案例中，我们可以看到一种法律本身的目标与外在于法律的合目的性的冲突。禁止酿酒的法令其目的在于恢复农业，确保粮食储备。而王恺的建议则是出于该法律之外的、更具有根本性的目的，即维持将领忠诚、确保战争胜利。此时为元至正十八年（公元1358年），仍处于战乱的年代，战争的胜利仍是最为根本的目的。但为了推行法律的效力，朱元璋就舍弃了更大的价值。这一点是在中国古代的法律实践中较为少见的。对于朱元璋的这种“奉法无私”，后世史家多持肯定态度，^①但“奉法无私”的目的是什么？仅仅是保障法律可行，或者仅仅是通过强制手段来保障法律本身体现的目的吗？如果我们注意到这样一个事实，即最高统治者集立法权与行政权于一身的话，我们或许就能够回答这样一个问题：通过君主诏令而颁布的法律，并未被视为独立于国家权力和君主意志的规范条文，对法律的违反即被看作是对君主意志和国家权力的反抗。因而，“奉法无私”的根本目的在于对权力的保障与维护。我们可以通过另外一个案例来佐证这一观点，明初洪武年间空印案发，^②被杀者达数百人，宁海郑士利上书中有这样的表述：

……国家立法，必先明示天下，而后罪犯者，以其故犯也。

^① 参见孟森.明史讲义[M].上海:上海古籍出版社,2002.60-61; 又见吴晗.朱元璋传[M].北京:人民出版社,1985.247.

^② 《明史·刑法志》：“每岁，布政司、府、州、县吏诣户部核钱粮、军需诸事，以道远，预持空印文书，遇部驳即改，以为常。及是，帝疑有奸，大怒，论诸长吏死，佐贰榜百戍边。”

自立国至今，未尝有空印之律，有司相承，不知其罪，今一旦诛之，何以使受诛者无辞？（《明史·郑士利传》）

郑士利的上书，或多或少表达了一种现代的法治观，即罪刑法定的原则。但其最后也因朱元璋大怒而被发配戍边。由此我们可以看出，朱元璋并未将法律视作是一种独立于个人意志的话语，而其“奉法无私”的目的就在于君主权威、国家权威不受挑战。因而，法律话语分散在政治话语之中，仅仅在要求绝对权力的时候才通过刑狱而得到略微的体现。我们可以从上述案例中管窥中国古代对法律的态度，这种态度也就决定了中国古代法律实践、法治实践的一些特征。

首先，在中国古代并不存在独立的法律话语^①，面对律令、刑狱等问题的时候，更加倾向于在政治、伦常、德性方面进行思考与论证。其中尤为显著的是董仲舒提出的“春秋决狱”，即在司法过程中以《春秋》中的伦理原则来解释汉律并补充汉律的不足。这一方面是用儒家伦理克服了刚性法治所带来的弊病，而更为重要的一方面是对秦朝“垂法而治”在伦理上做出了否定性评价，从而突显儒家伦理在国家与社会总体性（totality）^②中的重要性，于是就彻底排除了法律话语独立的任何、即使是微乎其微的可能性。这样，伦理、道德、权力等话语被赋予了相较于法律的优先性，而更多时候，这些话语本身就作为目的，而法律则沦为其非必需的工具。

其次，中国古代法治实践没有抽象的、非人格化的立法机关。法律之所以没有获得独立的话语资格（即作为论证资源的资格），乃是因为法律制定者与最高权力享有者之间有着必然的、绝对密不可分的逻辑联系，即立法的人格化。由于不存在专有的立法机关，法律通常以君主谕令的形式

^① 从本体论的角度讲，法律话语就等同于法律世界（法律本体），“是由各种构成要素组成的一个意义世界……是一种整体性的言说方式”。参见李旭东.法律话语的概念及其意义[A].葛洪义,主编.法律方法与法律思维（第五辑）[C].北京:法律出版社,2008. 86-87.而更进一步地，作为与实体存在相对的话语，其在语用学的意义上与“论证”相关，“话语”就等同于“论证主张”、“论证资源”。比如说，在区分政治话语和法律话语的时候，如果我们说：“法律话语要独立于政治话语”，其实我们是在说：“对某制度、行为、理念等评价或论证要使用法律这一标准而非政治的标准”，或者更简单地说：“这么说、这么想、这么做是对的，因为其符合了法律而非政治”。总而言之，话语既是一种论题、论域，又是一种论证资源、论证主张。就此问题，笔者曾向华南理工大学法学院副教授李旭东博士致信求教，他对于此问题提出了非常有价值的见解，也为进一步研究此问题指明了诸多有益的研究线索，特此致谢。

^② 总体性的概念大致是指在不考虑诸价值领域（科学、宗教、道德、法律等）分化的前提下，意义、理念、价值判断所依据的元理论、元规范。在中国古代，总体性表现为不区分主体与客体、涵摄信仰与道德的“天人合一”世界观。

出现，即使各朝开国之初都会颁布成文法典，但其效力也因后代君主的政令而逐渐削弱，现世君主的谕令具有绝对至高无上的制度效力。于是，法律的制定权、解释权、修改权、废止权与君主权力混同为一。虽然现代国家立法权同样也是主权的一个分支，但立法权的享有者已经从具体的个人转变为拟制的人，即抽象的机构，立法权已经不再能够体现任何自然人的意志，体现的则是经由立法机构抽象出来的国家意志。而在中国古代，立法权从制度结构上就昭显了具体自然人的意志，而由于具体自然人无法在其观念上主动地将法律与政治、道德、伦理等范畴相区分，而以一种总体视角看待法律，因而，立法这一概念就消弭于君主权力之中，这也就是说我们通常所谓的“口含天宪，言出法随”。

最后，也是最为根本的，在中国古代法治实践之下，法律仅具有工具性效能而不具有独立的目价值。正是法律话语的非独立性和立法概念的缺失，中国古代法治才会显现出一种单纯传达总体性的**镜像特征**：法律只不过是照射国家与社会总体性的一面镜子，其本身既非总体性资源的组成结构，也不能反过来补充总体性资源，即法律既不能为国家与社会提供一种总体筹划，也不能在诸如宗教、政治、道德、伦理等其他范畴指导国家与社会的理念、行为、价值判断等的时候，为其提供可论证的资源。法律被排除在国家与社会的总体性之外，其本身并不具有任何内在的目价值，而至多只有外在的工具性效能。在这种情况下，符合法律并不能为行为提供某种正当性（legitimacy）^①，正当性只能通过法律外的资源才能获得，而当且仅当法律本身传达了某种法律外的正当化资源，符合法律的行为才是正当的行为。因而，法治本身所蕴含的守法要求，在古代中国国家与社会的总体性资源面前是不堪一击的，故而法治本身也是相当脆弱的。由于法律与君主意志的一致性，因而我们可以看到，中国古代的法治是与君主的价值取向息息相关的，这也是为何许多学者否认中国古代存在法治

^① Legitimacy 这一概念在汉语中有诸多译法，中国大陆、香港、台湾、日本存在“合法性”、“正当性”、“正统性”、“正当合法性”等不同译法。为行文方便、避免歧义，如用在行为方面，使用“正当性”，如文中提到的“行为正当性”；如用在政治、法律等方面，使用“合法性”，诸如“政治合法性”、“法之合法性”等。而对下级法符合上级法、行为符合实在法规定的情况，则一律使用“合法律性”（legality）。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库